

POR

EL LICENCIADO Miguel Lopez, Clerigo de menores Ordenes, vezino del lugar de Maçaruleque.

CONTRA

Marcos de Soria, vezino de Albalate, Clerigo asi mismo de menores Ordenes.

En Granada, por Bartolome de Lorençana, a la esquina de la calle del Pan, junto a la Real Chãcilleria. Año de 1627.

Num.1.
Primero presupuesto de la fundacion de la Capellania.



Resuponese en el hecho, que por el año de quinientos y ochenta y tres, Iuana Garrida, teniendo dos hermanos, a Pedro Garrido, y a Ysabel Garrida, muger de Miguel Lopez, en su testamento fundó vn Patronazgo de legos, y llamó por Patrones y Capellanes de la Capellania, en la forma que se contiene en las clausulas siguientes.

Num.2.
Clausula de nõbramiẽto de patrones.

Lo primero, que el dia que yo muera, este Patronazgo lo aya y le pertenezca a Pedro Garrido mi hermano, si fuere viuo, y si no fuere viuo, que venga y suceda enel hermano, o herma na que fuere viuo quando yo muera, residiendo en esta villa, precediendo el mayor al menor, y el varon a la hembra: e que si no residieren, que no puedan ser Patron, e venga al siguiẽte en grado, el qual dicho Patron ha de gozar los dichos bienes que van declarados, digo sobre que se carga esta Capellania, y hazer dezir las dichas cinco Missas en cada vna semana, segun dicho es, e traer Capellan a esta villa, para que las diga en la Iglesia del señor san Martin, y que el dicho Patron no pueda ser padre, ni hermano del Capellan que sucediere en la Capellania que de derecho le perteneciere, segun abaxo yrá declarado: que el Capellan que sucediere en la dicha Capellania, y cantare Missa, si fuere hijo, o hermano del tal Patron, por el mismo caso dexe el Patronazgo, e venga e suceda en el siguiẽte en grado, como dicho es, porque el Capellan que de derecho le tocare la dicha Capellania, no dexe de serlo y gozar della, &c. Et ibi: Y assi, si el dicho Patron muriere sin dexar decendientes, que el dicho Patronazgo vẽga e suceda en el pariente mas propinquo que huuiere del dicho Patron que falleciere, y assi vaya sucediendo para siempre jamas.

Iten,

Iten,digo,y es mi voluntad,que suceda y vẽga esta Capellania en Bartolome Garrido, hijo de Pedro Garrido mi hermano,siendo Clerigo, y si el no lo fuere,en Marcos Garrido, hijo del dicho Pedro Garrido mi hermano, siendo como dicho es, Clerigo; y si los susodichos no lo fueren,vengan en los hijos de Miguel Lopez, e de mi hermana Ysabel Garrida, vezinos de la villa de Albalate,siendo Clerigos,precediendo el mayor al menor:la qual dicha Capellania hã de tener, con que han de residir en esta dicha villa đMaçaruleq̃,y dezir en la Iglesia del señor S. Martin della las dichas cinco Missas en cada vna semana,segun va declarado:y si el Capellã q̃ a la dicha Capellania viniere,vn mes,y no residiere en esta villa el dicho mes que dexare de dezir las dichas Missas,por el mismo caso pierda la dicha Capellania,si no fuere por estar enfermo,o por sucederle algun pleyto forçoso: y que la dicha Capellania venga y suceda en los susodichos en esta manera,que siendo Clerigo el dicho Bartolome Garrido,hijo del dicho Pedro Garrido, como dicho es, la tenga y goze mientras viuiere,que ella le nombra por primero Capellan,despues de los dias del dicho Bartolome Garrido,siendo Clerigo, el dicho Marcos Garrido venga en la dicha Capellania,y despues de los dias de los susodichos,venga en los hijos del dicho Miguel Lopez, en el que fuere Clerigo,precediendo el mayor al menor:e despues de los dias de los susodichos vẽga esta Capellania en el pariente mas cercano que huuiere de mi linage,siendo Clerigo, con tanto que si viniere que huuiere dos personas Clerigos, o mas,que se opusierẽ a la dicha Capellania, que preceda el Licenciado al Bachiller,y el Doctor al Licenciado,y el Bachiller en Canones al de Artes,e siendo yguales en grados, al mas antiguo,

Num. 3. Clausula de nõbramiento de Capellanes.

guo, y aſsi vaya ſucediendo para ſiẽpre jamas.

Num.4. Clauſula, en que dà facultad a los Alcaldes, y Cura para determinar los pleytos.

Iten, quiero y es mi voluntad, que en qualquier tiempo que ſuceda algun pleyto, o pleytos ſobre la ſuceſsion del Patronazgo, o Capellan que ſucediere en la dicha Capellania, aſsi acerca de quien ha de ſer Patron, como Capellan, que ſean Iuezes en eſta cauſa, y determinẽ los dichos pleytos los Alcaldes ordinarios que al preſente fueren en eſta villa, juntamente con el Cura della; y aſsi todos tres juntos, oygan las partes, y den la juſticia a quien la tuuiere, y ſea lo que la mayor parte dellos determinare, a los quales encargo la conciencia: e de la ſentencia de los ſuſodichos no puedan apelar, ſi no fuere para el Ayuntamiento deſta villa, y con lo que alli ſe determinare, con aquello ſe entienda ſer ſentencia paſſada en coſa juzgada, e que no aya mas apelaciones, ni ſuplicacion para otra parte ninguna; y qualquiera de las partes que no conſintiere la ſentencia del dicho Ayuntamiento, y quiſiere apelar para alguna otra parte, por el miſmo caſo le excluyo del derecho que a la dicha Capellania tiene, y lo pierda, y no ſea mas llamado a ella.

Num.5. Clauſula, en que ſe prohibe la enagenacion.

Iten, quiero y es mi voluntad, que aora, ni en ningun tiempo, todos eſtos bienes que dexo vinculados a eſta Capellania, no puedan ſer vẽdidos, trocados, ni cambiados, ni partidos, ni en ninguna manera enagenados: e ſi la tal venta, o enagenacion ſe hiziere, el Patron, o Capellan que lo hiziere, hora ſea en poco, o en mucha cantidad, por el miſmo caſo aya perdido y pierda el dicho oficio de Patron, o Capellan, e venga y ſuceda en el ſiguiente en grado, &c.

Num.6. Clauſula, para que el Capellan ſe ordene de Miſſa dentro de vn año como cũpla 25. años.

Iten ordeno, que el Capellã que de derecho le perteneciere la dicha Capellania, en auiendo veynte y cinco años, dentro de vno, que ſean veynte y ſeys, ſe ordene y cante Miſſa; y ſi dentro

tro del dicho año no cantare Missa, pierda el derecho que tiene a la dicha Capellania, y passe en el siguiente en grado.

Num. 7. Segũdo presupuesto, del discurso que ha tenido la sucessiõ del patronazgo, y Capellania.

Presuponese lo segundo, que Pedro Garrido, hermano de la fundadora, sucedio en el Patronazgo, y tuuo por hijos a Bartolome Garrido, y a Marcos Garrido, y a Iuana Garrido, que oy tiene el Patronazgo, y es madre de Marcos de Soria, R. deste pleyto, y posseedor de la Capellania, por el auto de los Alcaldes ordinarios, y el Cura, confirmado por el Cabildo, y executado sin embargo de apelacion, sobre que està pedido atentado, y reseruado para difinitiua.

Ysabel Garrida, hermana de la fundadora, y muger de Miguel Lopez, tuuo por hijos al Licẽciado Sebastian Lopez, vltimo Capellan que fue de la Capellania; y a Miguel Lopez, que tuuo por su hijo legitimo a Miguel Lopez, A. en este pleyto: de manera, que el A. y el R. vienen a estar en vn grado, porque ambos son nietos del hermano y hermana de la fundadora.

El discurso que ha tenido la sucession de la Capellania, conforme a los autos del pleyto, es, que el primero Capellan fue Bartolome Garrido, y aunque no llegò a ser de Missa, por auer sele mouido ciertos pleytos criminales en el Arçobispado de Toledo, sobre las Ordenes que auia recibido, hizo dexacion de la Capellania en fauor del Licenciado Sebastiã Lopez su primo, el qual la tuuo y posseyò, hasta que por no residir en la villa de Maçaruleque, ni dezir las Missas en la Iglesia de san Martin della, fue priuado de la dicha Capellania, por sentencia del Prouisor de Cuenca, pronunciada por Setiembre de seyscientos y veynte y cinco: y aunq̃ apelò, ni prosiguio la apelacion, ni residio en el dicho lugar, ni dixo las Missas, con que quedò vaca la dicha Capellania.

Num.8.
Tercero presupuesto, de lo que en este pleyto se trata.

Esto supuesto, el pleyto que oy se trata, no es sobre el Patronazgo, sino sobre la sucessión de la Capellania, y qual es entre el A. y el R. el verdadero Capellan, y llamado a ella Miguel Lopez, pretende que tiene llamamiento, y que Marcos de Soria no lo tiene, y que la Capellania entrò en su linea, y no ha de salir hasta que falten todos los descendientes de su abuela, y que el es el pariente mas cercano del vltimo Capellan, y que es mayor de edad, y ordenado de Corona primero que Marcos de Soria.

El dicho Marcos de Soria pretende tener llamamiento congetural, y que se ha de preferir, y que Miguel Lopez, quando tuuiera algun derecho, lo ha perdido, por auer apelado a esta Real Chancilleria, y porque es tuerto del ojo izquierdo, y no puede ser Sacerdote, y que por esto es incapaz de ser Capellan.

Sin embargo de lo qual, y que tiene en su fauor los autos de los Alcaldes y Cura, y del Ayũtamiento, se defendera en este papel, que se hã de reuocar y dar por ningunos, declarando por verdadero Capellan a Miguel Lopez: y para cõseguir esto, y mostrar con claridad su justicia, se diuidira este papel en tres Articulos.

Num.9.
Diuidese este papel en tres articulos.

En el primero se hará demostracion euidente, que Miguel Lopez tiene llamamiento expresso, y que respeto del, no lo tiene, ni lo puede tener congeturado Marcos de Soria.

En el segundo se defenderà, como Miguel Lopez no ha contrauenido por apelar, y no pueden causar excepcion de cosa juzgada los autos del Cura, y Alcaldes, y del Ayuntamiento.

En el tercero se satisfarà a los fundamentos de que se pretende valer Marcos de Soria.

Articulo

Articulo primero.

AL Tiempo que la testadora fundó este Patronazgo de legos, se hallò con vn hermano, y vna hermana casada con Miguel Lopez: y como parece de las dos clausulas primeras, quiso hazer dos lineas de sucession, vna para el Patronazgo, y otra para la Capellania, y llamò por primero Patron a Pedro Garrido su hermano, si fuesse viuo quando ella muriesse: y si el dicho Pedro Garrido muriesse sin dexar decendientes, llamò al pariente mas propinquo que huuiesse del dicho Patron. Por muerte de la testadora sucedio el dicho Pedro Garrido, con que quedaron llamados nomine appellatiuo todos sus decendientes, que fueron Bartolome, y Marcos Garrido, y Iuana Garrido, en quien ha parado el Patronazgo, madre de Marcos de Soria, R. deste pleyto, y los demas que fueren sus descendientes; y assi quedò vsque in infinitum proueydo el discurso que auia de tener la sucession del Patronazgo.

Num.10. Al tiempo de la fundaciõ se hallò la testadora sin hijos, y con vn hermano, y vna hermana.

Para la Capellania llamó nomine proprio a Bartolome Garrido, hijo del dicho Pedro Garrido, si fuesse Clerigo, y si no lo fuesse, a Marcos Garrido su hermano, siendo Clerigo, y si no lo fuesse, llamò nomine appellatiuo a los hijos de Miguel Lopez, y de su hermana Ysabel Garrida, siendo Clerigos, precediendo el mayor al menor: y despues de los susodichos llamò al pariente mas cercano que huuiesse en su linage, Y como la fundadora hizo estos llamamientos para en caso que no fuessen Clerigos Bartolome y Marcos Garrido, porque no se caducassen los llamamientos siendo Clerigos, boluio a hazer llamamientos y sostituciones, para en caso que

Num.11. Llamò por sus proprios nõbres a Bartolome, y a Marcos Garrido sus sobrinos, & nomine appelatiuo a los hijos de su hermana.

que fuessen Clerigos y muriessen; y assi dixo, q̃ si Bartolome Garrido fuesse Clerigo, tuuiesse y gozasse mientras viuiesse la dicha Capellania, y despues de sus dias la tuuiesse Marcos Garrido, y despues de sus dias viniesse en los hijos de Miguel Lopez, el que fuesse Clerigo, precediendo el mayor al menor; y despues de los susodichos, viniesse en el pariente mas cercano de su linage, siendo Clerigo, &c. Desta forma de llamamientos se colige literalmente, que para la sucession de la Capellania hizo vn llamamiento literal en los hijos de Miguel Lopez y su hermana. Vnde vno es el discurso que ha de tener la sucession del Patronazgo, y otro el de la Capellania, y cada vno va por diferentes llamamientos, y la fundadora no quiere que se junté, pues en la clausula de los Patrones dize, que el Patron que fuere, no ha de nombrar a su hijo, ni hermano, sin dexar primero el Patronazgo, y que passe a otro siguiente en grado. Y el auer llamado primero para la Capellania a Bartolome y a Marcos Garrido, hijos del dicho Pedro Garrido, no fue para hazer linea, porque fuerõ sus llamamientos personales, y no han de passar de sus mismas personas, para que se pueda sacar congetura en fauor de Marcos de Soria su sobrino, que no tiene llamamiento. Et licet frustra sit demonstratio rei demonstratæ, iuxta text. in l. 1. §. si quis vxori, ff. de dote prælegata, nihilominus demonstrabitur, hanc esse testatricis voluntatem, a que siempre se ha de estar in fideicommissis & vltimis voluntatibus, ex l. fideicommissa, §. item si quis, & l. quisquis, ff. de legatis 3. & l. penult. ff. de legatis 1. Peregrin. de fideicomm. arti. 11. in princ.

Num. 12. Voluntas testatoris semper attendẽda.

Num. 13. Marcos de Soria no tiene llamamiento.

Marcos de Soria no tiene llamamiento expresso, ni congeturado, ni lo puede sacar para ser Capellan, por dezir es nieto de Pedro Ga-

rrido, primero Patron: porque esto viniera biẽ, si se tratara del derecho del Patronazgo, tampoco puede sacar congetura de llamamiento, por auer sido llamados Bartolome y Marcos Garrido sus tios, porque los susodichos fueron llamados por sus propios nombres, especial y singularmente, y despues dellos no ay llamado ninguno de la linea de su padre, y assi sus llamamiẽtos fueron especiales y singulares, y se acabarõ con su muerte, iuxta text. expressum, in l. liberorum, ff. de verbor. significat. ibi: *Quoties non omnibus, qui post eos sunt præstitunt voluerint, sed solis his succurrent quos nominatim enumerent, &c.* Y el derecho que tuuierõ para suceder, fue personal, por ser llamados por sus propios nombres, vnde cẽsentur locati, propter se ex particulari affectione, quam nominando eos, & præferendo alijs demonstrabit fundatrix, iuxta doctrinam Alexand. Rauden. de analogis, c. 37. n. 121. Magoni. decis. Florent. 16. nu. 43. Mandelo Albens. cons. 57. n. 18. vol. 1. y como su derecho fue personal, adquirido propter se ex affectione testatricis, se acabò con sus mismas personas, sin que a la linea de su padre le quedasse derecho por ellos para suceder en la Capellania Marcos de Soria su sobrino, argum. text. in l. Paulus 90. in fin. ff. de adquirend. hæredit. DD. in authentica quas actiones, vbi Ias. nu. 41. C. de sacrosanct. Eccles. Robles, de repræsentat. lib. 3. c. 14. nu. 43.

Num. 14. Los llamamientos personales se acabã con la muerte.

Por auer llamado a los susodichos, y hecho trãsito desde ellos a los hijos de Miguel Lopez, fue visto la fundadora excluyr a todos los demas descendientes de Pedro Garrido, qua vocatio & inclusio vnius personæ, est exclusio aliarũ, argument. text. in l. cum Prætor in princip. ff. de iudi. Menoch. cons. 1107. n. 3. vol. 12. Paris. cons. 20. n. 41. & cons. 23. n. 24. vol. 2. Y esto lo da biẽ a entender la fundadora en los mismos llamamientos:

Num. 15. El llamamiento de vno es exclusion de otro.

mientos: porque auiendo llamado a Bartolome Garrido, siendo Clerigo, le sostituyò, no siẽdo Clerigo, a Marcos Garrido su hermano, y despues del a los hijos de Miguel Lopez: vnde si la fundadora quisiera que sucedieran en la Capellania los decendientes de Pedro Garrido su hermano, llamara a los decendientes de Bartolome Garrido, no siendo Clerigo, pues los podia tener luego: y pues no los llamò, ni a los de Marcos Garrido no siendo Clerigo, y se passò a los hijos de Miguel Lopez, euidẽte cosa es, que no quiso de los decẽdientes de Pedro Garrido, sino fue a los dichos Bartolome y Marcos Garrido sus hijos, a quien llamó singularmente por el amor que les tenia.

Num.16. A cada llamamiento se le ha de guardar su grado.

De lo dicho se sigue, ser voluntad de la testadora, que despues de los dichos Bartolome y Marcos, para en caso que no fuessen Clerigos, o siendolo, para en caso que muriessen y faltassen como han faltado, sucedan en la Capellania los hijos de Miguel Lopez, y assi se ha de guardar: porque el mayor acierto en la interpretacion de la voluntad de los testadores, es yr cõ la letra de las disposiciones, y guardar a cada llamado su grado y lugar, l.1. §.in re, ff. de exercit. action. ibi: *Melius est verba ædicti seruare*, vbi glos. verbo, ædicti, l. in his, ff. de condit. & demonstr. ibi: *In his quæ extra testamentum incurrunt, possunt res ex bono, & equo interpretationem capere, ea vero quæ ex ipso testamento oriuntur, necesse est secundum scripti rationem expedire, &c.* l. cum pater, §. a te peto, ff. de legatis 2. Immol. in l. quandiu la 3. nu. 1. ff. de adquirend. hæred. Mantic. de coniecturis, lib. 8. tit. 18. n. 19. & 29. ibi: *Gradus debent considerari prout fuerunt ordinati a testatore*, Surd. cons. 403. n. 11. vol. 3. per text. in l. hæredes mei, §. fin. ff. ad Trebelianum, ibi: *Propter gradus fideicommissi præscriptos, &c.* l. si filius, §. cum filius, ff. de bonis liberto-

bertorum,ibi: *Qui sequentis gradus sunt non admittuntur interim,&c.* Y si otra cosa se hiziesse, seria quebrantar el orden de la disposicion, a quo recedendum non est, l. quoties, in princ. ff. de vsufruct. l. generaliter, §. quid ergo, el 2. ff. de fideicommiss. libertatibus, Molin. de primogen. lib. 1. c. 4. n. 17. Y el orden de nuestra sucesion fue, que a falta de los dichos Bartolome y Marcos Garrido, se admitiessen los hijos de Miguel Lopez, prefiriendo el mayor al menor, & deinceps cæteri ordine succesiuo, siendo Clerigos, hasta que falte toda la decendencia de Miguel Lopez y su muger, iuxta text. in l. cum ita, §. in fideicommisso, ff. de legatis 2. l. peto, §. fratre, l. omnia, §. vlt. ff. de legatis 2. Tiraq. de primogenitura, quæst. 40. num. 188. Ioannes Philip. respons. 7. n. 37.

Num. 17. No se ha de apartar del orden de la disposicion.

Esto se confirma, quia quando vocaretur filij simpliciter nomine appellatiuo filiorum, dicuntur vocati propter patrem, & contemplatione illius, & in hoc casu vocando filios simpliciter per nomen appellatiuum, non videtur testator ad eos habere aliquam particularem affectioné, sed ad lineam, & ad omnes descendétes ipsius patris, cuius contemplatione filij vocantur. Y assi, aunque falte qualquiera, se han de admitir ordine succesiuo, vt dictum est, los demas de aquella linea, vt cum Mandel. Magonio, & alijs, resoluit Fontanela, de pactis nuptialibus, 2. p. clausu. 5. glos. 10. a n. 11.

Num. 18. Quãdo vocãtur filij nomine appellatiuo, vocãtur propter patrem.

Contra lo dicho podrá replicar Marcos de Soria dos cosas. La primera, que no ay ordé de sucesion en las Capellanias, in quibus regulariter & principaliter agitur de suffragijs spiritualibus, non tamen de conseruanda agnatione, nec est deferenda Capellania iure hæreditario, iuxta textum, in c. Apostolica cum concordantibus, 8. quæst. 1.

Num. 19. Dos replicas cõtrarias.

La

La ſegunda, que Miguel Lopez no es hijo de Miguel Lopez y Yſabel Garrida ſu muger, ſino nieto, y que en el llamamiento de hijos, no ſe comprehenden los nietos, ex Febo, deciſ. 59. a num. 10. con otros, ſin embargo habet intentum Miguel Lopez. Y aunque es verdad, que en las Capellanias agitur de ſuffragijs ſpirituali bus, nihilominus ſe ha de ſuceder como en los mayorazgos, quando el fundador de la Capellania que ha de durar para ſiempre, quiere que ſe suceda en ella adinſtar maioratum & ordine ſuceſsiuo, como quiſo nueſtra fundadora, llamando coletiuamente los hijos de Miguel Lopez, ex Lambertino relato a Lara, de Capellanijs, lib. 2. c. 2. n. 7. Cauedo, deciſ. Luſitana 51. n. 4. p. 2. Cauall. conſ. 60. n. 16. Y de aqui nace, que auiẽdo entrado la Capellania en la linea de los hijos de Miguel Lopez y ſu muger, como fue en el Licenciado Sebaſtian Lopez ſu hijo, vltimo Capellan, de cuya vacante ha nacido eſte pleyto, no ha de hazer tranſito a otra linea, haſta que todos los deſcendientes del dicho Miguel Lopez ayan faltado, vt eleganter reſoluit Lara, vbi proxime, n. 8. y Miguel Lopez, como de la dicha linea, y ſobrino, y mas cercano al vltimo Capellan, ha de ſer preferido, y declarado por verdadero Capellan, nam qua ratione Capellanus defunctus, fuit prelatus eadem, & eius frater, vel alter ei proximior eſt præferendus, ex Cauall. d. conſ. 60. n. 16.

Num. 20. En las Capellanias ſe ſucede maioratus ex volũtate teſtatoris.

Tampoco obſta dezir, que los nietos no ſe comprehenden appellatione filiorum: porque en todas las ſuceſsiones que tienen tracto suceſſiuo perpetuo, como en los mayorazgos, Patronazgos y Capellanias, como la deſte pleyto, appellatione filiorum, ſe comprehenden los nietos, y viſnietos, y todos los demas deſcendientes in infinitum; ratio eſt, porque como la Capellania

Num. 21. En el llamamiento de hijos ſe comprehenden los nietos.

llania es perpetua, y estan llamados los hijos de Miguel Lopez, y despues dellos otros transuersales, se ha de tomar interpretacion, ex qua perpetuitas ipsa in omnes descendentes conseruetur, Molin. plures referens, lib. 1. c. 6. n. 28. Sesse, decis. Aragonensi 63. a n. 4. lib. 1. & decis. 263. per totam, Rustico, in l. cum auus, lib. 6. c. 11. n. 29. vbi allegat innumeros, & c. 14. n. 17.

Compruevase tambien ex alia regula, que quando la disposicion no se dirige a ciertos y determinados hijos, sed in incertum futurumque euentum protrahitur, se comprehenden los nietos en el nombre de hijos; y esto se verifica en la fundacion desta Capellania: porque como la fundadora llamò primero a Bartolome Garrido, y despues a Marcos Garrido su hermano, fue muy contingente, que quando vacara por ellos, no huuiera hijos de Miguel Lopez, sino nietos; y assi fue visto la fundadora llamarlos appellatione filiorum; y a todos los demas descendientes vsque in infinitum, ex Molina plures referente, d. c. 6. n. 29. Socin. cons. 114. nu. 42. & cons. 116. n. 23. vol. 1. vbi dicit communẽ, & quod eam sequitur antiqua & moderna iuris prudentia, Surd. de alimentis, tit. vlti. q. 26. col. 1. Ioseph. de rusticis, in suo cons. posito in tracta. an & quando liberi, &c. n. 30. & 35.

Tambien se comprueua sin contradicion alguna, que los hijos de Miguel Lopez estan puestos en disposicion, ibi: Vengan en los hijos de Miguel Lopez, y de mi hermana Ysabel Garrida, &c. Y assi mesmo estan puestos en condicion, ibi: E despues de los dias de los susodichos venga esta Capellania en el pariente mas cercano que huuiere de mi linage, siendo Clerigo, &c. Y quando la palabra, hijos, se pone en condicion, comprehende nietos y viznietos vsque in infinitum, l. Lutius, de hæredib. instituendis,

Num. 22. Los hijos de Miguel Lopez estan puestos en disposicion, y en condiciõ.

Casa-

Casanate, cons. 5. nu. 8. Rustic. vbi proxime c. 8. n. 66. & c. 17. n. 76. vbi dicit: quod nemo in hoc discrepat, Peregrin. de fideicomm. art. 22. n. 46. Sese, d. decis. 63. nu. 4. vnde en el llamamiento de los hijos de Miguel Lopez, puesto en lo dispositiuo y condicional, está comprehendido y llamado expressamente Miguel Lopez su nieto, contra quien no puede competir Marcos de Soria, que de ninguna manera está llamado: y assi tiene injustamente la Capellania, y contra la voluntad de la fundadora.

Num. 23. Respondese a los q̃ dizen, quod appellatione filiorum, nõ cõtinẽtur nepotes.

No obsta la decision de Febo, y los demas q̃ tienen, quod appellatione filiorum non continentur nepotes: porque esto ha lugar en las disposiciones que no tienen tracto sucessiuo, ni se puede congeturar que el testador quisiesse cõprehender los nietos, llamando hijos: pero quãdo ay congeturas, vt supradictum est, de que quiso llamarlos continentur appellatione filiorum, vt in l. liberorum, vers. Sed & papirius, ff. de verbor. signif. ibi: *Nisi voluntas testatoris aliter se habeat, &c.* vbi communiter omnes, Gama, decis. 160. n. 8. Curt. iuni. cons. 111. n. 5. Paris. cõs. 23. n. 27. vol. 2. Mantic. de coniectur. lib. 8. tit. 8. n. 12. Aluar. Valasc. consult. 140. nu. 13. & 16. Ratio est, quia licet verum sit, que la propiedad del vocablo, hijos, no comprehende nietos, la voluntad del fundador los comprehende: & in vltimis voluntatibus voluntas testatoris, tamquam regina prędominatur, l. in conditionibus ff. de conditionibus & demonstrationibus, l. 3. C. de liberis præteritis, ibi: *Nusquam verborum sensus tantum valeat, vt melior sensu existat,* text. in c. sedulo, 38. distinct. ibi: *Ita esse præponendas sententias verbis, vt præponitur animus corpori,* DD. omnes, in d. l. 3. Y en el caso deste pleyto, por la perpetuydad de la Capellania, por el llamamiento de hijos, contemplatione patris: porque in futu-

Num. 24. Lo voluntad predomina como reyna.

futurum euentum protrahuntur, porque estan puestos en condicion, se comprehenden los nietos, ac deinceps cæteri appellatione filiorum: y assi Miguel Lopez tiene expresso llamamiento, vt in tertio articulo clarius dicendum est.

Articulo segundo.

Num.25. La testadora no pudo dar jurisdicion.

LOs Alcaldes y el Cura, a quien el testador dexò facultad, para que juntos oyessen los pleytos que se ofreciessen sobre la sucession del Patronazgo y Capellania, y que oydas las partes, como Iuezes diessen la Iusticia a quien la tuuiesse, encargandoles la conciẽcia, y que de su sentencia se apelasse para el Ayũtamiento, y que de lo que alli se determinasse, se entienda ser sentencia passada en cosa juzgada, prohibiendo que no se pudiesse apelar para otra parte, y que el que apelasse, por el mismo caso le priuaua del derecho que podia tener. Toda esta disposicion es ninguna, y lo que los Alcaldes y Ayuntamiento determinaron, tambien es ninguno, y de ningun valor y efeto: porque como consta de la clausula, dà jurisdicion contenciosa a los Alcaldes, juntamente con el Cura, y despues al Ayuntamiento, que no tienen jurisdicion: y ningun particular puede hazer Iuezes, ni dar jurisdicion al que no la tiene, l. priuatorum, C. de iurisd. omni. iudic. glos. verbo, personas, in l. 1. C. eodem tit. Y la fundadora no pudo por su testamẽto quitar estas leyes, iuxta tex. in l. nemo potest, ff. de legat. 1. quia iudicare dicitur munus publicum, & pertinet ad publicam vtilitatem, ex text. in l. quippe 78. ff. de iudicijs, Galganeto, de iure publico, fol. 48. n. 117. & fol. 436. n. 7. vnde por defeto de jurisdicion es nula la sentencia de los Alcaldes y el Cura,

ra, y la del Ayuntamiento. Potestas enim constituendi Magistratum ad iustitiam exercendã, ad Principem tantum pertinet, vel ad alium a Principe potestatem habentem, l.2.tit.4.par.3. Auiles in c.Præto.c.1.n.1.plures referens.

Si se replicare por Marcos de Soria, que la testadora no dexò por Iuezes a los referidos, sino por executores, para declarar el Capellan que ha de ser de la Capellania, quando se ofrezca duda: replico que no puedẽ ser executores, quia de iure cõmuni, despues del año del albaceazgo, potestas exequendi deuoluitur ad Episcopum, vt in c. nos quidem, & in c. si hæredes de testamentis, Abbas, cons.59.num.3. circa fin. vol.1. y assi no pueden ser executores, porque el testador no les dà facultad passado el año.

Num.26. El albaceazgo dura vn año.

Adhuc tamen, si se replica con el consejo de Bartu.242.lib.1. y con el de Ancarrano, consejo 412. y con Abad Panormitano, cons.11.n.4.vol.2. donde resueluen, que aunque es verdad, que el oficio de executor se acaba con el año, puede muy bien el testador dexar personas que declarẽ las dudas de su testamento, y que digan, cui & qualiter debeatur legatum, iuxt.tex.in l.1.ff. de legatis 2.& text.in l.cum quidam in princip. eo.tit.& tex.in l.fideicõmni. §. quamquam, ff. de legatis 3. que aquestos tales bien pueden declarar passado el año: porque lo que se debuelue al Obispo, es la mera execucion, y no la facultad de declarar. A esta replica se satisfaze, cõ que executores dati ad declarandum, tenentur medio iuramento declarare mentem testatoris, ex Bald.cons.259.vol.4. & ita expresse colligitur ex tex.in l.Theopõpus 15. ff. de dote prælegata, ibi: *Polianus autem a marito puellæ iuratus scripsit*, vbi glos.verbo, iuratus, & DD. maxime Bartol.n.7. Paul. Castren.cons.177. n.2. volum. 2. Ias.in l.admonendi, n.200.ff.de iur.iur. Antonius

Num.27. Passado el año pueden los executores declarar, cui, & qualiter debeatur legatum.

Num.28. El executor ha de declarar con juramento.

nius de Butrio, in c. veniens el 1. n. 8. de testibus, Bald. in l. captatorias 11. n. 8. C. de testam. mili. Simon de Præt. de vltim. volunt. lib. 1. interp. 1. dubitat. 3. solut. 5. n. 6. fol. 27. Mantic. de vltim. volunt. lib. 3. tit. 1. n. 15. Mascard. de probat. to. 1. q. 11. n. 13. & concl. 486. n. 5. Y en el caso deste pleyto, ni los Alcaldes, y Cura, ni el Ayuntamiento han declarado con juramento, segū la voluntad del testador, imò, la han contrauenido derechamente, y deuiendole dar la justicia a cuya era, que es para lo que tenian facultad, se la dieron a Marcos de Soria que no la tenia, y se la quitaron a Miguel Lopez, cuya es notoriamente, vndè por defeto de jurisdicion y potestad, y por ser contra la voluntad expressa de la fundadora son nulas, y de ningun efeto.

Num. 29. Los Alcaldes, Cura, y Ayuntamiento no guardarō la forma.

La segunda razon de nulidad es, quia licet adhuc (sine præiudicio veritatis) sustineatur, q̄ pudieron declarar y sentenciar, adhuc son nulas, porque no se guardò la forma de la testadora, ni el Ayuntamiento declaró como le estaua cometido; porque deuiendo determinar por si remitio la causa a vn Abogado de Alcala, diziendo, que lo que el dicho Abogado determinasse, desde luego lo pronunciaua, y asi viene a ser ninguno lo que aprouò, argument. text. in l. non distinguemus, §. quæsitum, ff. de arbitris, vbi, el arbitro no se puede acompañar, &c. Y la forma que la fundadora dexó, no se puede omitir, aliás actus est nullus, ex cap. cū dilecta, vbi Abb. num. 4. & 13. de rescriptis, vbi Felin. à n. 6. & est rescindendus, iuxta text. in c. quamquam de electione, in 6.

Num. 30. La sentencia manifiestamente injusta, es nula.

La tercera razon de nulidad es, porque las dichas sentencias son notoria, y manifiestamé te injustas, ex glos. in l. ciues, C. de appellationibus, vbi Angel. in principio, per text. in l. ea quidem, C. de accusationib. de cuius textus intelle

ctu,

ctu, Alciat.in lib.1.de verbor.signif.nu.69. Corrasio, lib.1.Miscelaneorum, cap.16.num.6. Menoch.de arbitrar.casu 166.Surd.cons.61.nume.50.volumi.1. & quod sententia notoriȩ iniusta sit nulla. Contardus, ad Ægid.limitat.9.nu.43.46.Couarr.lib.1.variar.c.1.nu.10.Afflict. decis.47.& 354. & Vrsil.ad Afflict.decis.28.Viuio, decis.51.á num.3.vbi ampliat etiam si esset sentẽtia Principis, idem tenet Menoch.cons.501.nu.29.volum.6.Ant.Gabr.lib.2.de sententijs, conclus.10. Y la manifiesta injusticia se dize aquella que consta de los autos, Felin. in cap. inter cæteras, nu.10. de re iudicata, Angel.in l. si pars à principio, ff.de inoffic.testam.Philip.Franc.in cap.dilecto, quæst.54.de appellationibus, etiã si superueniat notorietas iniustitiæ post sententia, Calcan.cons.83.num.1.Nata, cons.51.num.21.& cons.172.num.4.lib.1.Osasc.decis.25.nu.13. Y segun Antoni. Gabr. vbi supra, y otros, quos refert Additionator, ad Lanfrancum, nu.37.in cap.quoniam contra, de probationib.manifiesta y notoriamente es injusta la sentencia pronunciada contra testamentum in actis productum: y esto tienen las sentencias de los Alcaldes, y Ayuntamiento en este pleyto, que son derechamente contra la fundacion, pues declararon por Capellan al no llamado, y dexarõ al llamado expressamente.

Num.31. De la notoria injusticia constat ex actis, vel testamento producto.

Et præcipue in sententia arbitrorum, que si arbitran injustamente, sentẽtia est omnino nulla, neque executioni demandanda, Bartol. in l. diem proferre, §.stari, ff.de arbitris, Fulgos.in l.1.C.de arbitris, Alex.cons.22.per totum, volu.5.Ruin.cons.149.n.9.vol.4.

Num.32. Idem in sententia arbitrorum.

Hinc infertur alia iuris firma conclusio, que quando se procede cum clausula appellatione remota, sin embargo se ha de admitir la apelacion ratione notoriæ iniustitiæ, Sese, decis.55. num.

Num.33. Quando se procede appellatione remota, se puede apelar ratione notoriæ iniustitiæ,

num.38.parte 1.Alexand.conſ.91.num.3.volu. 6.Barbatia,conſ.82.circa finem,volum.5. Decio,conſ.49.num.2.Ripa,nu.3.in cap. 1. de reſcript.Bald.conſ.141.per totum,volum.1.Nata, conſ.51.num.21.& conſ.172.num.4.volu.1.Menoch.de adipiſcenda,remedio 4.num.850. Ioſepho Ludouico,deciſ.Peruſin.20.nu.13. & 25. Pontano,de ſpolio,lib.4.nume. 50. Ferreto,de appellation.quæſt.5.num.47. Y ſe ha de reuocar ſemejante ſetencia,etiam ſi ab ea non fuerit appellatum ex Innocencio,in c.fraternitatis de frigidis,& maleficiatis,Marſil.ſingular.473. Maranta,in ſpeculo,verbo,ſentencia, numero 141.

Mayormẽte,que la fundadora no pudo quitar la apelacion para el Principe,cui ſoli conceſſum eſt appellationem remouere,Sigiſmundo Scacia,de appellationibus,q.16.limitat.1.à nu. 20.y ninguno otro inferior lo puede hazer,quia iſte eſt caſus reſeruatus ſoli Principi,cuius iuriſdictioni nullus poteſt præiudicare , ex Bartulo in l.1.§.interdum,num.2.ff. á quibus appellare non licet.Franch.in cap.paſtoralis,num.18.de appellationib. & ſemper authoritas ſuperioris ſalua remanet,iuxta text. in cap. venientes, de iure iuran.Seſe,dict.deciſ.55.à num.36. part.1. De que ſe ſigue,que juſtamente interpuſo Miguel Lopez ſu apelacion para la Chancilleria, ſin temor de contrauencion, ni de perder ſu derecho,vt dicendum eſt in tertio articulo. *Num.34. La apelacion no ſe puede quitar.*

Articulo tercero.

DE tres fundamentos ſe pretende valer Marcos de Soria: el primero , que por auer contrauenido Miguel Lopez a la voluntad de la fundadora,quedò priuado *Num.35. Satisfacēſe tres fundamentos de Marcos de Soria.*

uado de qualquier derecho que pudiera tener a la Capellania.

El segundo, que Miguel Lopez por ser como es nieto, no tiene llamamiento, appellatione filiorum, si no es por interpretaciones presuntiuas, y que en este caso son mejores las que assisten por el dicho Miguel Lopez, por ser nieto de hermano, y de linea mas amada, a quien la fundadora dexò el patronazgo, y llamò a sus tios por Capellanes.

El tercero, que Miguel Lopez es incapaz, porque al tiempo que vacò la Capellania era tuerto del ojo del Canō, porque era yrregular, incapaz de ser de Missa, calidad pedida por la fundadora, y que la disposicion que tenia de la dicha irregularidad la auia obtenido durante este pleyto, y que no podia obrar en su perjuyzio, por auerla ganado sin su citacion.

Num.36. No ay contrauencion quādo petitur via iuris.

Al primer fundamento se satisfaze: primo, porque como está dicho in secundo articulo, la prohibicion fue de no apelar, & secundum subiectam materiam, por el notorio agrauio, y manifiesta injustia, adhuc, se pudo interponer la apelacion para la Chancilleria, vt cum pluribus ibi resolutum est. Secundò, quia non dicitur cōtrauenire si in casu denegationis legati, vel portioni petatur via iuris, quod debetur ex Bald. consi.464.num.4.volum.2. Thusc. litera C. conclus.1015.num.1. Y esto ha hecho Miguel Lopez, que deuiendosele la Capellania, la pide juridicamente en la Chancilleria, y la voluntad de la fundadora fue de prohibir la apelacion injusta, y no la justa, argumento eorum, quæ resoluit Cumanus, cons.51.nu.3. vbi si testor prohibuit inferre quæstionem, vel controuersiam sub pœna priuationis, intelligi debet de quæstione non iuridica, secus est si quæstio iuridicè inferatur, &c. Tertiò, porque todas las vezes q̄

por

por los contrayentes, o testadores se prohibe q̃ no se pueda mouer pleyto sub pœna amisionis no comprehende el pleyto, o pedimiento que nace del mismo testamẽto del que hizo la prohibicion, ex Bald. cons. 397. per totum, volu. 4. iuxta text. in l. venditores, ff. de verbor. obliga. vbi qui non seruat testamentum onus iniunctum non implendo, non debet ex testamento sperare commodum, si ilicitè petit, ergo est licita defensio, & pœna non committitur, ex Bald. vbi proximè, & Thusc. d. concl. 1015. num. 8. Y esto mismo le ha sucedido a Miguel Lopez, q̃ de la misma fundacion nace su justa peticion, porque estando llamado expressamente antes y primero que Marcos de Soria, le han quitado su derecho, no teniendo comissio n los Alcaldes, Cura, y Cabildo, si no era para dar la justicia a cuya fuesse, y quitandosela a Miguel Lopez, han ydo derechamente contra la volũtad de la fundadora, y assi son ellos los que han cõtrauenido. *Num. 37.* Nec quãdo petitur, quod oritur ex eodem testamento.

Al segundo fundamento se satisfaze con facilidad, conque Miguel Lopez tiene llamamiẽto expresso, quia illud dicitur specialiter, & nominatim fieri, quod colligitur ex generalitate verborum, iuxta tex. in l. vxorem, §. felicissimo ff. de legat. 3. Mier. de maiorat. 2. p. q. 12. à nu. 11. vsque ad 15. vbi ponit exemplum: quando el testador llama a los hijos de alguno, quod nomine filiorum cæteri descendentes vocantur, nominatim ratio est, quia appellatione filiorũ continentur nepotes, ex vero, & proprio intellectu attributo, per legem huic nomini filij, ex Bald. in l. maximum vitium, nu. 17. C. de liberis præteritis, Sese, decis. Aragonensi 64. n. 8. & decis. 263. n. 8. ibi: *Tamen non venient ex proprio significato, sed ex propria coniectura mentis*: Vndè, Marcos de Soria que no tiene llamamiẽto expresso *Num. 38.* Miguel Lopez tiene llamamiẽto expresso.

 no

no puede competir con Miguel Lopez que lo tiene expresso; quia expressum dicitur, quod verbis generalibus profertur, l.fin.C.quod cum eo, Lanceloto, de substitutionib.q.2.priuilegio 9.Aluarad.de coniect.lib.1.c.2.n.2. y la voluntad expressa es mas poderosa que la tacita, l.si ex pluribus, ff.de suis & legitim.hæred.l.penul. ff.de iniusto rupto, y se ha de preferir la voluntad expressa, y el llamamiento expresso al tacito, quando lo pudiera tener Marcos de Soria, ex Baldo, Paulo, & Doctoribus, in l.seruus, §.si seruum, ff.de hæredib.instituend.cum alijs relatis, & coniectis ab Aluarado, d.c.2.n.3.

Num.39. Expresso se dize lo que se colige de palabras guneral es.

Num.40. El llamamiento expresso se prefiere al tacito.

Al tercero fundamento de la incapacidad, aunque no es deste juyzio, ni se puede traer en este pleyto, por ser juyzio que toca a la Iglesia conocer si el defeto del ojo causa irregularidad y dispensar con ella, adhuc, conforme a la disposicion, y las prouanças della, no tiene Miguel Lopez quitado el ojo, sino diminuta la vista, por accidente que le sobreuino, estando ya ordenado de corona, y capaz para suceder en esta Capellania hasta los 25.años, que si luego dentro de vno, como se dize en vna de las clausulas de la fundacion no se ordenare de Missa, la perdera. El que tiene quitado el ojo yzquierdo, q̃ se llama del Canon es yrregular, ex c.2.de Clerico ęgrotante, c.vlt.de corpore viciatis; mas el que tiene el ojo entero, como lo tiene Marcos de Soria con la vista diminuta, o con alguna nube, no es yrregular, como no sea notable la fealdad, & horrorem incutiat ad stantibus, ex Molina de iustitia & iure, disp.70.nu.5.tom.4.Couarruu.in clement.si furiosus, 1.p.c.5. Toleto. lib. 1.c.57.& 58. Riginald. lib. 30.n.46. Bonacina, de censuris, disput.7.de irregularitate, q.2.punto 2.á nu.1. y assi viene Miguel Lopez a no ser irregular; pero a mayor abundamiento, y para

Num.41. No es irregular el q̃ tiene diminuta la vista del ojo del canõ.

quitar escrupulo, obtuuo la dicha dispensaciõ, para que sin embargo de la diminucion de vista passe adelante con las ordenes, y obtenga qualesquiera Beneficios Eclesiasticos.

El defeto del ojo le sobreuino estando ya ordenado de Corona, y siendo capaz para la Capellania, y esta qualidad superueniente no le pudo impedir, quia qualitas superueniens non mutat effectum antea introductum, Mieres de maioratu, 2.p.q.6.n.173. gl. verbo, Canonicis, in fin. in c. statutum, in princip. de rescriptis, vbi Philippo Franco, n.8. donde si el rescripto dirigido a vna dignidad, que al tiempo de la pretension ya no la tenia, adhuc, quedara Iuez, porq̃ bastò que la tuuiesse al tiempo de la data, quia initio standum est, vndè, basta, que Miguel Lopez al tiempo de la vacante se halle siẽdo Clerigo, aunque estuuiesse suspenso, porque legitimamente se verifica la qualidad requerida por la fundadora, ibi: Siendo Clerigo, & legitimè hęc qualitas adiuncta, verbo, refertur, secundũ tempus verbi, ex Gutierrez, cons. 1. nu. 14. Lara de Capelanijs, lib. 2. c. 9. à n. 14. y la qualidad de ser de Missa, basta que la tenga quando cũpla 26. años, conforme a la fundacion referida in principio, que pide se aya de ordenar de Missa desde los 25. años, hasta los 26. & quando qualitas requiritur, certo, ac determinato tempore sufficit illo tempore adesse, licèt posteá cessat, Tiraquel. de cessante causa, limit. 4. Peregri. de fideicom. art. 29. n. 22. vers. 4. Roland. cons. 100. n. 27. lib. 2. & cons. 39. n. 57. lib. 4. Riminald. iun. cons. 57. numero 17. & cons. 358. num. 10. Alex. cons. 52. n. 48. vol. 2. Mantic. de coniect. lib. 11. tit. 6. n. 3. con esto se cumple con la volũtad de la fundadora, sin que pueda Marcos Lopez pretender, que la dispensacion no ha de obrar en su perjuyzio, quia hoc est quid extrinsecum à voluntate ipsius fundatricis.

Num. 42. Qualitas superueniẽs, nõ mutat efectum antea introductum.

Num. 43. Qualitas sufficit adesse tempore requisita.

A lo

Num. 44.
El mayor de edad, y mas letrado se à de preferir.

A lo dicho se junta, que Miguel Lopez es mayor de edad, y ordenado primero, y mas capaz en letras q̃ Marcos de Soria, y aunque ha pedido q̃ los examinẽ en esto, no lo ha querido acetar, ni poner en execucion el dicho Marcos de Soria, y asi se le ha de preferir el dicho Miguel Lopez, per ea quæ resoluit Lara de Capellanijs lib. 2. c. 3. per totum.

De todo lo dicho se infiere la notoria y clara justicia de Miguel Lopez por su llamamiento expresso, por auer apelado legitimamente, sin contrauencion, por ser capaz, y hallarse Clerigo al tiempo de la vacante. Y asi esperamos que ha de obtener, asi en lo principal, como en el articulo de atentado, que està reseruado: salua in omnibus V.D.C.